Die Beweislast

bei der

negativen Feststellungsklage.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt der

Hohen Juristischen Fakultät

der

Friedrichs-Alexanders-Universität Erlangen

von

Harry Hamburger,
Rechtspraktikant.

München 1894.

127

Die Beweislast

bei der

negativen Feststellungsklage.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt der

Hohen Juristischen Fakultät

der

Friedrichs-Alexanders-Universität Erlangen

von

Harry Hamburger,
Rechtspraktikant.

München 1894.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535712_0185

Meinen lieben Eltern!

Negative Feststellungsklage nennt man gemeiniglich diejenige Klage aus § 231 C. P. O., welche gerichtet ist auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses.

Durch diese Klage soll nach den Motiven zum Entwurf der Civilprozessordnung das alte Provokationsverfahren überflüssig gemacht werden, während die Frage der Beweislast rücksichtlich der Nichtexistenz des Rechtsverhältnisses durch Zulassung der Feststellungsklage nicht geändert werden soll.

Dass demnach die Frage der Beweislast bei den Klagen aus § 231 dem bürgerlichen Rechte angehört, wird übereinstimmend anerkannt.

Die Meinungsverschiedenheit beginnt erst bei der Frage der Verteilung der Beweislast.

Während die bisher in Theorie und Praxis herrschende Meinung dahin ging, dass der Beklagte die Entstehung des von ihm behaupteten Rechtes auch beweisen müsse, haben sich neuerdings gewichtige Stimmen, so Gaupp*) und besonders Wendt im Archiv für civilistische Praxis**) dagegen erklärt und behauptet, dass unter allen Umständen der Kläger die von ihm behaupteten Thatsachen, also auch die Thatsache der Nichtexistenz des vom Beklagten behaupteten Rechtes zu beweisen habe.

Es soll nun Aufgabe vorliegender Abhandlung sein, zu untersuchen, ob und in wie weit die von den Gegnern

---

*) Comm. z. C. P. O. Bd. 2, S. 15.

**) Bd. 70. S. 1—41.

der bisherigen Meinung angeführten Beweise und Schlussfolgerungen imstande sind, die herrschende Ansicht zu widerlegen.

Gaupp*) hat, wie auch sein Meinungsgenosse Wendt zugiebt, den Widerspruch gegen die herrschende Theorie nur ungenügend begründet und ist eigentlich seine ganze Ausführung eine petitio principii.

Er verlangt nämlich als Voraussetzung zur Anstellung der negativen Feststellungsklage das Vorhandensein und den Nachweis von folgenden drei Punkten:

1. Die Anmassung eines Rechtes seitens des Beklagten.
2. Das rechtliche Interesse des Klägers an der Feststellung der Nichtexistenz dieses Rechtes.
3. Die Nichtexistenz des angesprochenen Rechtes.

Hiegegen ist nur auf die Fassung des § 231 der C. P. O. selbst zu verweisen.

Dieser giebt aber einer Klage auf Feststellung dann statt, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass die Nichtexistenz des Rechtsverhältnisses festgestellt werde.

Die Nichtexistenz des angesprochenen Rechtsverhältnisses ist hier nicht Klagegrund, sondern Antragsinhalt. Klagegrund ist vielmehr der Nachweis des rechtlichen Interesses an der Feststellung und muss dieses Interesse ja in der Feststellung selbst seine Befriedigung finden.

Ausserdem muss der Klagegrund in Thatsachen bestehen; die Behauptung nun, dass ein Rechtsverhältniss nicht bestehe, ist keine Thatsachen-Behauptung, sondern eine rechtliche Schlussfolgerung, nämlich aus der Thatsache, dass es aufgehoben worden sei, oder aus der Behauptung, dass keine von allen möglichen Entstehungsthatsachen jemals eingetreten sei.

---

*) Gaupp, Comm. z. C. P. O. 2. Aufl. Bd. 1. S. 451.

Thatsachen-Behauptung kann nur dann vorliegen, wenn der Kläger das einstige Bestehen des Rechtsverhältnisses zugiebt, aber Aufhebungsthatsachen anführt, auf Grund derer das Rechtsverhältnis nicht mehr besteht, und in diesem Falle ist ja unbestritten, dass der Kläger beweisen muss.

Gaupp*) stellt nun weiter zur Begründung seiner Ansicht die Behauptung auf, es sei bei der gegnerischen Ansicht (die Beweislast für die Entstehung des Rechtsverhältnisses trifft den Beklagten) ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten gar nicht möglich, da nach § 296 C. P. O. nur die vom Kläger zu erweisenden Klagethatsachen beim Nichterscheinen des Beklagten als zugestanden gelten.

Dieses Argument kann nicht zur Widerlegung der herrschenden Meinung verwandt werden. § 296 sagt nämlich, dass beim Nichterscheinen des Beklagten im Termine das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden gelten soll. Nach § 231 braucht aber der negative Feststellungskläger nur diejenigen Thatsachen zu behaupten, welche sein Interesse an der alsbaldigen Feststellung begründen und wenn diese Thatsachen durch Nichterscheinen des Beklagten als zugestanden gelten, dann rechtfertigen sie auf Grund des § 231 selbst ein Versäumnisurteil dahin, dass die Nichtexistenz des Rechtsverhältnisses festgestellt werde.

Es waltet hier das nämliche Verhältnis ob, wie bei der positiven Feststellungsklage. Nur liegt dort implicite in der Behauptung, ein rechtliches Interesse daran zu haben, dass das Bestehen eines Rechtsverhältnisses festgestellt werde, die Behauptung, dass das Rechtsverhältnis auch wirklich besteht oder richtiger, dass es zur Entstehung gelangt sei. Denn zu behaupten: ich habe ein rechtliches Interesse daran, festgestellt zu

*) Gaupp, Comm. z. C. P. O. 2. Aufl. Bd. 1. S. 452. Anm. 57.

sehen, dass ein Rechtsverhältnis besteht, es ist aber nicht entstanden, ist ein Unding. Dagegen ist es sehr wohl denkbar, zu behaupten: ich habe ein rechtliches Interesse daran, festgestellt zu sehen, ein Rechtsverhältnis bestehe nicht, gleichviel ob es entstanden ist oder nicht.

Denn die Behauptung eines Dritten, es stehe ihm ein Recht mir gegenüber zu, bedroht, gleichviel, ob das Rechtsverhältnis überhaupt nicht entstanden ist oder zwar entstanden, aber auf Grund von Aufhebungsthatsachen nicht mehr besteht, meine Rechtssphäre und begründet das im § 231 geforderte rechtliche Interesse, vorausgesetzt nur, dass ich die gegenwärtige Existenz des Rechtsverhältnisses leugne.

Mithin kann derjenige, welcher negative Feststellungsklage erhebt, es dahingestellt sein lassen, ob das angemasste Recht des Gegners niemals entstanden oder ob es wieder aufgehoben worden ist. Ob er das Eine oder das Andere behaupten wird, bezw. muss, kann erst der Verlauf des Rechtsstreits ergeben. Wendet nämlich der Beklagte vertheidigungsweise ein, das Rechtsverhältnis sei entstanden, so kann der Kläger sich darauf beschränken, dies zu leugnen, oder er kann diese Behauptung zugestehen und Aufhebungsthatsachen seinerseits geltend machen.

Derjenige nämlich, welcher ein Recht einem Dritten gegenüber behauptet, das dieser Dritte leugnet, begeht eine Rechtsbedrohung und diese Bedrohung der Rechtssphäre befugt zur Anstellung der negativen Feststellungsklage. Der Kern der Sache ist, dass dieses Rechtsverhältnis von dem Kläger geleugnet wird, denn durch die Berühmung eines nicht geleugneten Rechtsverhältnisses ist seine Rechtssphäre nicht bedroht.

Zur Erfüllung der Voraussetzungen der negativen Feststellungsklage muss also der Kläger behaupten:

1. Der Beklagte behauptet, es stehe ihm ein Recht gegen mich zu.
2. Ich leugne die Existenz dieses Rechtes.
3. Ich habe ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Nichtbestehens dieses Rechtes.

Diese Voraussetzungen sind ganz kongruent mit denen, welche der Kläger bei der positiven Feststellungsklage erfüllen muss.

Er muss behaupten:

1. Mir steht ein Recht gegen den Beklagten zu.
2. Dieses Recht wird von diesem geleugnet.
3. Ich habe ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Bestehens dieses Rechtes.

Der Gedankengang obiger Ausführungen steht ganz im Einklang mit dem, was wir aus dem römischen Recht von der Beweislast bei der actio negatoria wissen, welch' letztere ja im Grunde zum Teil nichts anderes ist als eine negative Feststellungsklage. (S. Wendt, S. 22.)

Es muss nämlich der Eigentümer gegenüber demjenigen, welcher sich eine Servitut anmasst, nur sein Eigentum, aber auch sonst nichts beweisen.*)

Die Behauptung, eine Servitut zu haben, welche der Eigentümer leugnet, ist eine Rechtsanmasung, und gegen diesen partiellen Eingriff in die Rechtssphäre seines Eigentums schützt den Eigentümer die actio negatoria. Ebenso schützt der § 231 der C. P. O. jedes Rechtssubjekt gegen einen Eingriff in seine Gesamtrechts-Sphäre**) und bürdet ihm zur Anstellung der Klage nur den Beweis auf, dass es für seine Gesamtrechtssphäre von Interesse sei, festgestellt zu sehen, dass das Rechtsverhältnis nicht bestehe.

---

*) Vangerow, Pand. 1. Bd. S. 770. Anm. 2.

**) S. a. Regelsberger, Pand. 1. § 191 a. E. S. 681.

Der bei Vangerow ausführlich begründeten Ansicht über die Verteilung der Beweislast bei der actio negatoria will ja auch Wendt (a. a. O. S. 22) nicht entgegentreten.

Um aber den Satz der l. 12. D. de except. 44, 1: Generaliter in praeiudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id quod intendit, welcher eine Hauptstütze seiner ganzen Beweisführung ausmacht (er wird später ausführlich besprochen werden), auch hier zur Geltung zu bringen, behauptet er, die intentio der actio negatoria sei das Eigentum selbst.

Die intentio, d. i. Antragsinhalt, ist aber doch hier die Feststellung der Eigentumsfreiheit. Das Eigentum selbst ist Klagegrund.

Die von Wendt für seine Meinung angeführte Stelle l. 5. pr. D. si ususfr. pet. 7. 6. Ulp. libr. sept. ad edict.

. . . . quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur quam alieno, cum invito se negat, ius esse utendi fructuario vel sibi ius esse prohibendi . . . . beweist für diese nichts.

Denn freilich kämpft der Eigentümer für sein Recht, nämlich dafür, dass sein Eigentum frei bleiben soll von fremden Störungen. Er schützt mit der actio negatoria die Rechtssphäre seines Eigentums. Ebenso wie der negative Feststellungskläger seine Gesamtrechtssphäre schützt durch Anstellung der negativen Feststellungsklage aus § 231 der C. P. O. Uebrigens wäre es doch höchst merkwürdig, wenn bei zwei Klagen, welche in Voraussetzung und Wirkung einander so nahe stehen, wie die actio negatoria im Falle der wörtlichen Störung des Eigentümers und die aus dem gleichen Anlass erhobene negative Feststellungsklage (s. Hellmann in Jehrings Jahrbüchern Bd. 31, S. 123, und Wach, der Feststellungsanspruch, S. 41), die Beweis-

last eine so grundsätzlich verschiedene sein sollte, wie es nach den Anforderungen Wendt's sein müsste.

Bei dem Angriff gegen die herrschende Lehre geht Wendt aus von einem Urteil des Reichsgerichts*), in welchem dieses die herrschende Meinung ausführlich begründet. Es heisst nämlich dort: „Die Lehre von der Behauptungs- und Beweislast wird beherrscht von dem Grundsatz, dass derjenige, welcher einen Anspruch geltend macht, die den Anspruch begründenden Thatsachen, und derjenige, welcher die Aufhebung eines Anspruchs seines Gegners geltend macht, die den Anspruch aufhebenden Thatsachen zu behaupten und zu beweisen hat. Die prozessuale Parteirolle ist für die Vertheilung der Beweislast ohne Bedeutung.

> [„Wenn man den massgebenden Grundsatz dahin ausdrückt, dass der Kläger den Grund seiner Klage zu beweisen habe, so darf man unter dem Grund der Klage nur den Grund des durch die Klage geltend gemachten Anspruchs verstehen und die materielle Behauptungs- und Beweislast nicht mit der prozessualen Darlegungspflicht identificieren.“]

Wendt findet nun in dem Satz, „die prozessuale Parteirolle ist für die Verteilung der Beweislast ohne Bedeutung“, den Hauptentscheidungsgrund für das Urteil des Reichsgerichts.

Den oben in Klammern angeführten Wortlaut der Urtheilsbegründung des Reichsgerichts scheint Wendt nicht berücksichtigt zu haben, und doch ist dieser gerade für das volle Verständnis des ersteren von entscheidender Bedeutung. Das Reichsgericht macht hier einen genauen Unterschied zwischen der prozessualen Darlegungspflicht und der materiellen Behauptungspflicht.

Worin nun gerade bei der negativen Feststellungs-

*) Entsch. in Civilsachen Bd. 9, No. 98. S. 339.

klage die materielle Behauptungspflicht besteht, das entnimmt das Reichsgericht mit Recht vollständig aus dem Wortlaut des § 231 der C. P. O. selbst, welcher, wie oben des weiteren gezeigt wurde, die materielle Behauptungspflicht erschöpft.

Daraus ergibt sich denn, dass die Behauptung: das geleugnete Recht des Beklagten existiere nicht, nichts ist, als ein anderer Ausdruck für die oben S. 9, No. 2 und 3 angeführte Klagsbehauptung, d. h. der Behauptung: ein rechtliches Interesse an der Feststellung zu haben, weil man das vom Beklagten beanspruchte Recht leugne.

Wendt nennt freilich diese ganze Urteilsbegründung eine echte petitio principii; unseres Erachtens jedoch ist dieselbe vollkommen logisch entwickelt. Zu den vom Reichsgericht angeführten Gewährsmännern kommt nun auch Plank, Lehrb. d. C. P. Bd. 2, S. 20.

Die Unrichtigkeit des Satzes: „Die prozessuale Parteirolle ist für die Verteilung der Beweislast ohne Bedeutung," will Wendt seinerseits aus dem römischen Rechte nachweisen.

Nach seiner Ansicht sollen schon die Ausdrücke „petitoris partibus fungi" und „commodo possessoris fungi" darauf hinweisen, dass die Parteirollen für die Beweislast entscheidend seien, indem die Stellung des Beklagten als „commodum" bezeichnet werde, d. h. als Vorteil der Beweisfreiheit, wozu dann „partibus actoris fungi" als Belastung mit dem Beweise den Gegensatz bilde.

Nun soll ja nicht bestritten werden, dass „actoris partibus fungi" zur Beweislast des Klägers in Beziehung steht. Allein der Sinn dieser Worte braucht trotzdem nur der zu sein, dass wer „actoris partibus fungitur" diejenige rechtliche Behandlung erleidet, welche in einfachen Prozessen nur dem Kläger zukommt.

Diese Behandlung aber besteht darin, dass der

Kläger die Thatsachen zu beweisen hat, welche zur Entstehung seines behaupteten Rechtes erforderlich sind. Gerade dann aber ergiebt sich, dass die Worte „actoris partibus fungi“ auch für denjenigen zutreffen, der formell als der Beklagte erscheint, und dies kommt ja auch in dem bekannten Satz excipiendo reus fit actor zum Ausdruck. (S. a. Puchta, Instit. 7. Aufl. Bd. 2. S. 176.)

Dass übrigens auf die Parteirolle als solche nichts ankommt, dafür könnte man beinahe die Stelle, welche Wendt als Cardinalbeleg für seine Auffassung anführt, als Beweismittel benützen. Es ist dies l. 12. D. 44. 1.

Generaliter in praeiudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id quod intendit.

Nach Wendt will das heissen: „Dass derjenige, welcher die Feststellung betreibt und Klagformel nach seiner Rechtsbehauptung erlangt, damit auch die Beweislast in der Richtung dieser seiner intentio trägt, möge sie nun positiv oder negativ lauten.“

Richtiger aber hat die Uebersetzung der Stelle folgendermassen zu lauten:

Allgemein [d. h. wohl ohne Ausnahme] wird bei Praeiudicien derjenige als Kläger behandelt (hinsichtlich der Beweislast), welcher eine intentio (Klagformel) seiner Rechtsbehauptung gemäss erhalten hat.

Welche der Parteien bei Praeiudicialklagen solche intentio erhält, ist damit keineswegs zum Ausdruck gebracht und es lässt sich daher durchaus nicht behaupten, dass es gleichgiltig sei, ob die Klage positiv oder negativ laute.

Vielmehr ist gerade die Aufgabe, zu untersuchen, ob eine negativ lautende Praeiudicialklage sich in den Quellen nachweisen lässt.

Für die Zeit des klassischen Rechtes möchten wir dies verneinen.

Die aus den Quellen feststellbaren Praeiudicial-Intentionen lauten alle positiv. Vergleiche Lenel,

Edikt. S. 248, woselbst wahrscheinlich gemacht wird, dass die Formel de agnoscendis et alendis liberis gelautet habe: An A^s A^s in ea causa sit, ut a N° N° agnosci debeat, ferner Lenel l. c. S. 271 bezüglich des praeiudicium: An N^s N^s libertus A^i A^i sit und: An A^s A^s ingenuus sit, Lenel l. c. S. 309—10 für das wahrscheinliche praeiudicium: An in libertate sine dolo malo fuerit; endlich Gaius IV. 44 für das praeiudicium: quanta dos sit; hiezu Lenel l. c. S. 314.

Die hieraus zu entnehmende Schlussfolgerung auf das Nichtvorkommen von negativen Praeiudicien wird befestigt durch l. 6. D. 40. 14.

Quotiens de hoc contenditur an quis libertus sit, sive operae petantur sive obsequium desideretur sive etiam famosa actio intendatur sive in ius vocetur, qui se patronum dicit, sive nulla causa interveniat redditur praeiudicium. sed et quotiens quis libertinum se confitetur, libertum autem Gaii Seii se negat, idem praeiudicium datur. redditur autem alterutro desiderante, sed actoris partibus semper, qui se patronum dicit, fungitur probareque libertum suum necesse habet aut, si non probet vincitur.

Vergleicht man nämlich diese Stelle mit der oben citierten l. 12. D. 44. 1, so muss man zu dem Schluss kommen, dass durch den Antrag auf Erteilung eines praeiudicium beim praetor die Parteirolle noch gar nicht bestimmt wurde. Denn jeder von beiden Beteiligten konnte diesen Antrag stellen, alterutro desiderante praeiudicium redditur.

Wer formell als Kläger zu erachten sei, das bestimmt der Praetor erst durch die Fassung des praeiudicium. Diese aber hat von der Vorschrift auszugehen, dass actoris partibus semper fungitur, qui (se patronum) dicit.

Man wird freilich diese Entscheidung mit der durch l. 14. D. de prob. 22. 3. gebotenen Einschränkung

verstehen müssen, dass der Patron als Kläger ex ingenuitate in libertinitatem auftritt; vergleiche Wendt l. c. S. 13.

Aber dies vorausgesetzt, steht immerhin nach der Stelle fest, dass dicens nicht negans die Klägerrolle zu übernehmen hatte, der praetor also stets den ersteren in die Klägerrolle hineinzwang, ihn zu demjenigen machte, qui intendit, woraus von selbst folgt, dass ein negans als Kläger niemals auftreten konnte.

Bei dieser Sachlage ist es allerdings begreiflich, dass gesagt werden konnte:

Generaliter in praeiudiciis is actoris partes sustinet qui habet intentionem secundum id, quod intendit.

Denn nach dem soeben Ausgeführten muss man sagen: intentionem s e m p e r habebat is, qui d i c e b a t.

Ebensowenig wie l. 12. cit. können die übrigen von Wendt ins Feld geführten Gesetze als stichhaltig für seine Theorie erachtet werden, wie sich aus der nachfolgenden Erörterung derselben im Einzelnen ergeben wird.

1.) l. 5. § 1. Dig. 22. 3. Paulus libr. IX. responsorum. Idem respondit si quis negat emancipationem recte factam probationem ipsum praestare debere.

2.) l. 8. D. eodem. Paulus libr. XIIX. ad Plautium. Si filius in potestate patris esse neget, praetor cognoscit ut prior doceat filius; quia et pro pietate quam patri debet praestare hoc statuendum est et quia se liberum esse quodammodo intendit: ideo enim et qui ad libertatem proclamat prior docere jubetur.

Diese Stellen sollen nach Wendt l. c. S. 8 die Beweislast bei der negativen Feststellungsklage behandeln. Dies wäre

ad 1 jedenfalls nur dann richtig, wenn feststünde, dass die Stelle sich denjenigen, der negat emancipationem

recte factam als den Kläger vorstellte; dafür fehlt jedoch jeder Anhaltspunkt. Es ist nicht abzusehen, weshalb nicht die Negation der emancipatio recte facta auch vom Beklagten hätte ausgehen können; nichts liegt näher, als beispielsweise anzunehmen, dass der Emancipierte auf Rückzahlung eines Darlehens verklagt war, dagegen die exceptio senatus consulti Macedoniani vorschützte und der Berufung des Klägers auf seine zur Zeit des Darlehensgeschäfts bereits erfolgt gewesene Emancipation entgegenhält, diese sei ungiltig. Wenn nun feststeht, dass der Emancipationsakt äusserlich fehlerfrei vorgenommen wurde, so obliegt selbstverständlich dem Beklagten der Beweis der Gründe, aus welchen sich trotz der scheinbaren Fehlerfreiheit die Ungiltigkeit der Emancipation ergiebt. Vergleiche z. B. l. 1. C. 8. 48 (49.) oder Paul. Sent. II. 25. 5.

Aber selbst, wenn man den negans der Stelle als Kläger denkt, so folgt daraus noch keineswegs, dass seine Klage eine negative Feststellungsklage, gerichtet auf Feststellung, dass der Beklagte sui iuris sei, gewesen ist. Die Basiliken beispielsweise liber 22. 1. c. 5. sch. II, welche von jener Voraussetzung ausgehen, unterstellen, dass die Klage auf Herausgabe einer vom Sohn erworbenen Sache gerichtet gewesen sei, und dass daher dieser gegenüber dem Einwand, der Sohn sei sui iuris infolge Emancipation, replicierte, die Emancipation sei ungiltig. Es ist klar, dass es sich auch dann mit der Beweislast nach allgemein anerkannten Grundsätzen ebenso verhält wie in dem zuerst gesetzten Falle.

Jedoch zugegeben, dass es sich in l. 5 § 1. cit. um eine Feststellungsklage handelte, so spricht nichts dafür, dass diese eine negative gewesen sei; denn, wenn der Vater positive Feststellungsklage, an filius familias sit, erhoben hatte, so lässt sich dagegen die Verteidigung des Beklagten denken, er sei

emancipiert worden, und dagegen die Replik des Vaters, emancipationem non recte factam.

Für die Beweislast kommen wir auch in diesem Falle zu dem bereits dargelegten Ergebnis.

Endlich ergiebt sogar die Annahme einer negativen Feststellungsklage in der Stelle noch durchaus kein Argument dafür, dass der negative Feststellungskläger die Nichtexistenz des Rechtsverhältnisses zu beweisen habe.

Die negative Feststellungsklage hätte, sollte sie die Feststellung der Nichtexistenz eines Rechtsverhältnisses anstreben, eine intentio von der Fassung: an N^s N^s homo sui iuris non sit? erhalten müssen. Es ist ohne weiteres klar, dass der Beweis ungiltiger Emanzipation des Beklagten seitens des Klägers, den Beweis der Nichtexistenz des Rechtsverhältnisses: sui iuris esse nicht erschöpft hätte. Denn sui iuris sein konnte der Beklagte doch, auch wenn seine Emancipation durch den Kläger unwirksam war, z. B. weil er überhaupt nicht aus der Ehe des Klägers entstammte, oder weil der Kläger durch Emancipation seitens seines pater familias, des nunmehr verstorbenen Grossvaters des Beklagten, die väterliche Gewalt über den letzteren zur Zeit, da er ihn emancipierte, gar nicht gehabt hatte.

Daher konnte dem Kläger ein Beweis der Nichtexistenz des Rechtsverhältnisses: N^m N^m sui iuris esse überhaupt nicht zugemutet worden sein. Es genügte, wenn feststand, dass der Beklagte ehelicher Sohn des Klägers sei. Er mochte dann der negativen Feststellungsklage des Vaters gegenüber sich auf Emancipation berufen. War diese formell richtig erfolgt, wofür die Beweislast den Beklagten traf, so blieb allerdings dem Kläger nichts übrig, als Thatsachen anzuführen, welche die Wirksamkeit der Emancipation trotzdem verhindert hatten. Und diese Thatsachen musste er beweisen.

Ad. 2 ist vorweg darauf aufmerksam zu machen, dass

von einer negativen Feststellungsklage im eigentlichen Sinne des Wortes in l. 8 cit. schon deswegen nicht die Rede sein kann, weil die Stelle selbst deutlich ausspricht, dass eine cognitio praetoria in Frage stand. Hiervon abgesehen und zugegeben, dass das in der Stelle erwähnte Pietätsverhältnis der nebensächliche Grund für die Überbürdung der Beweislast auf den Sohn ist, so wäre es doch unrichtig, wenn man liberum se contendere für eine negative Feststellungsklage ansehen wollte. Denn auf diese Weise liesse sich jede positive Feststellungsklage durch Vorsetzung einer Negation vor das Gegenteil ihres Inhalts zu einer negativen Feststellungsklage umstempeln.*)

Thut man unserer Stelle keinen Zwang an, so lässt sie sich lediglich davon verstehen, dass der Sohn in einem Prozess mit seinem Vater behauptete, er sei durch irgend eine die väterliche Gewalt beseitigende Thatsache gewaltfrei geworden, eine Behauptung, für die ihn auch nach der herrschenden Meinung die Beweislast trifft.

3.) l. 7. D. de agnosc. et alend. lib. 25. 3. Modestinus libr. V. responsorum. Si neget qui maritus fuisse dicatur matrimonium esse contractum eo quod eam quae se uxorem fuisse dicit, ancillam esse probare paratus sit, alimenta quidem liberis praestare interim compellendum, sin autem constiterit eam servam fuisse, nihil ei qui pascendos curavit ex hoc praeiudicium generari respondi.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass die hervorgehobenen Worte der Stelle zeigen, dass dem Erzeuger die Beweislast für die Sklaveneigenschaft der Mutter obliege, aber nur deshalb, weil der Abschluss der Ehe mit derselben formell rite erfolgt war, also

*) S. Reinhold, die Lehre von dem Klaggrund etc.

wiederum in Übereinstimmung mit der herrschenden Beweistheorie.

Übrigens ist aus der Stelle nicht nur nicht zu erkennen, dass der Beweisführer Kläger, geschweige denn negativer Feststellungskläger sei, sondern vielmehr zu folgern, dass er die Beklagtenrolle einnahm. Denn die Stelle steht im Titel de agnosc. et al. lib. und es soll darnach darüber entschieden werden, ob der Erzeuger zur Alimentation seiner Kinder verpflichtet ist, was durch die Worte alimenta quidem liberis praestare interim compellendum ganz unzweifelhaft wird. Sohin liegt ein Alimentenprozess vor, in welchem der Verklagte seine Einrede, dass die Kläger nicht seine ehelichen Kinder seien, weil deren Mutter Sklavin gewesen, nach dem Satze ei incumbit probatio, qui dicit etc. zu beweisen hatte.

4.) l. 14. C. de probat. 4. 19. Diocletian et Maximian. a. 293. Non nudis adseverationibus nec ementita professione, licet utrique consentiant, sed matrimonio legitimo concepti vel adoptione solemni filii jure civili patri constituuntur. Si itaque hunc contra quem supplicas alienum esse confidis, per te vel per procuratorem adfirmationem eius falsam detege.

Das Verständnis dieser Stelle liegt gar nicht auf der Oberfläche, und es hätte von Wendt wohl erwartet werden dürfen, dass er auf den Inhalt näher eingehe und nicht nur die scheinbar für seine Ansicht sprechenden Worte adfirmationem eius falsam detege benütze.

Wenn wir nämlich diese Stelle analysieren, so ergiebt sich folgendes: Wäre dieselbe im Sinne Wendts gemeint, so läge ein auffallender und unerklärlicher Widerspruch zwischen dem im Eingang der Stelle angeführten allgemeinen Satz und der daraus gefolgerten Beweislast.

Denn an die Spitze der Stelle setzen die Kaiser den Satz, dass man nur durch Geburt ex legitimo

matrimonio oder durch Adoption Kindeseigenschaft erlange, dass dagegen nuda adseveratio oder ementita professio dazu nicht genüge.

Die logische Folgerung aus diesem Satz wäre nun die, dass der Beklagte mit solcher nuda adseveratio oder ementita professio nicht zu hören ist, während die Stelle, wenn man, wie Wendt sichtlich thut, annimmt, sie betreffe den Fall, dass der Kläger infolge aussergerichtlicher Behauptung eines dritten, sein Sohn zu sein, die negative Feststellungsklage gegen diesen dritten erhoben habe, sagen würde: der Kläger muss, weil auf die nuda adseveratio und ementita professio nichts ankommt, die Unwahrheit derselben beweisen.

Dass dieses Ergebnis unmöglich ist, bedarf wohl keines weiteren Beweises.

Fragen wir aber, welchen positiven Inhalt die Stelle hat, so dürfen wir uns wohl auf eine Anzahl von Quellenstellen berufen, aus welchen hervorgeht, dass über den Familienstand einer Person bei den Römern die Aufnahme von Urkunden, ähnlich unseren Standesamtsurkunden, stattzufinden pflegte. Vergl Walter, Röm. Rechtsgesch. 3. Aufl. I. § 324, S. 490—91 und II. § 464, S. 57—58.

Die hier in Betracht kommenden Stellen sind:

l. 8 § 1. D. 4. 2.

Si is accipiat pecuniam, qui instrumenta status mei interversurus est, nisi dem, non dubitatur, quin maximo metu compellat, utique si iam in servitutem petor et illis instrumentis perditis liber pronuntiari non possum.

l. 13. D. 22. 3.

Cum de aetate hominis quaereretur, Caesar noster in hac verba rescripsit. Et durum et iniquum est, cum de statu aetatis alicuius quaereretur et diversae professiones proferuntur, ea potissimum stare, quae nocet: sed causa cognita veritatem excuti oportet et ex eo

potissimum annos computari, ex quo praecipuam fidem in ea re constare credibilius videtur

l. 16. eodem.

Etiam matris professio filiorum recipitur: sed et avi recipienda est.

l. 29 § 1. eodem

Mulier gravida repudiata, filium enixa, absente marito ut spurium in actis confessa est. Quaesitum est an is in potestate patris sit et matre intestata mortua iussu eius hereditatem matris adire possit nec obsit professio a matre irata facta, respondit, veritati locum superfore.

l. 2. § 1. D. 27. 1.

Aetas autem probatur vel liberorum professionibus vel aliis iustis probationibus.

l. 6. C. 4. 21.

Statum tuum natali professione perdita mutilatum non esse certi iuris est.

l. 9. C. 5. 4.

Si vicinis vel aliis scientibus uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti et ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulae neque ad natam filiam pertinentes factae sunt, non ideo minus veritas matrimonii aut susceptae filiae suam habet potestatem.

l. 15. C. 7. 16.

Nec omissa professio probationem generis excludit nec falsa simulata veritatem minuit. Cum itaque ad examinationem veri omnis iure prodita debeat admitti probatio, aditus praeses provinciae sollemnibus ordinatis, prout iuris ratio patitur, causam liberalem inter vos decidi providebit.

Aus diesen Stellen ergiebt sich aber nicht blos die Thatsache, dass solche Urkunden über den Geburtsstand aufgenommen wurden, sondern zugleich das Zeugnis für den Sprachgebrauch von professio als derjenigen

Erklärung, welche von den Beteiligten zum Zwecke der Beurkundung abgegeben wurde.

Denn nur in l. 8. § 1. D. 4. 2 ist von instrumenta status, in l. 9. C. 5. 4. von tabulae ad natam filiam pertinentes die Rede, in den sämtlichen übrigen Stellen kehrt der Ausdruck professio gleichmässig wieder. Man wird daher nicht fehl gehen, wenn man annimmt, dass in der von Wendt angeführten l. 14. C. 4. 19, inhaltlich deren es darauf ankommt, ob Erzeugung in matrimonio legitimo oder Adoption vorlag, mithin eine Statusfrage, die Worte adseverationibus nec ementita professione sich auf eine Urkunde über den Familienstand, wie solche in den obigen Stellen als üblich bezeugt sind, beziehen müssen.

Das hat auch schon Wetzel, System. des ord. Civilpr. 3. Aufl. S. 200 Note 12 a. E. hervorgehoben.

Ist dies aber der Fall, so verliert l. 14. cit. jede Beweiskraft für die Wendtsche Thesis.

Denn alsdann haben wir uns den in der Stelle entschiedenen Fall so vorzustellen, dass der Kläger bezüglich der Person des Beklagten eine professio apud acta abgegeben hatte, wonach der Beklagte sein Sohn sein sollte. Als der Beklagte sich hierauf berufen hatte, erhob der Kläger gegen ihn die negative Feststellungsklage mit der Behauptung, der Beklagte sei nicht sein Sohn. In dem Verfahren hierüber hat der Beklagte die Urkunde zum Beweis seiner Kindschaft vorgelegt, sich mithin auf das beurkundete aussergerichtliche Geständnis des Klägers berufen und somit bereits die ihn treffende Beweislast anerkannt. Auf dem Wege des Gegenbeweises war der Kläger selbstverständlich genötigt, das aussergerichtliche Geständnis zu entkräften, indem er darlegte adfirmationem falsam esse, was er unter anderem durch den Beweis der Simulation oder des Irrtums bei dem gerichtlichen Geständnis bewirken konnte. Vergl.

l. 22. C. 7. 16., woselbst eine derartige Entkräftung des Geständnisses der Unfreiheit mittels des Beweises von simulatio oder error erwähnt wird:

Parentes natales non confessio adsignat. quapropter si ex ancilla nata post ad libertatem manumissa pervenisti, te velut ex altera natam ancilla servam professa quaesitam manumissione libertatem huiusmodi simulatione vel errore amittere minime potuisti, cum servi nascantur ratione certa, non confessione constituantur.

Es darf hiebei als charakteristisch erwähnt werden, dass sowohl diese Stelle wie die l. 14. cit. Reskripte von Diokletian sind.

Die hier gegebene Deduktion könnte auf den ersten Blick als im Widerspruch mit der obigen Ausführung betrachtet werden, wonach eine formell negative Statusklage vom Praetor gar nicht gegeben worden sei.

Dieser Eindruck muss jedoch bei näherer Betrachtung schwinden. Denn jene Behauptung bezieht sich nur auf den durch den Praetor instruierten Formularprozess, während wir es hier in l. 14. cit. mit einer Supplikation (einem Reskriptsprozess) zu thun haben.

5.) l. 7. § 5. D. de liber. causa 40. 12. Ulpianus libro LIV ad edictum. Si quis ex servitute in libertatem proclamat, petitoris partes sustinet: si vero ex libertate in servitutem petatur, is partes actoris sustinet, qui servum suum dicit. igitur cum de hoc incertum est, ut possit iudicium ordinem accipere, hoc ante apud eum, qui de libertate cogniturus est, disceptatur, utrum ex libertate in servitutem aut contra agatur. et si forte apparuerit eum, qui de libertate sua litigat, in libertate sine dolo malo fuisse, is qui se dominum dicit actoris partes sustinebit et necesse habebit servum suum probare: quod si pronuntiatum fuerit eo tempore, quo lis praeparabatur, in libertate eum non fuisse aut dolo malo fuisse, ipse qui de sua libertate litigat debet se liberum probare.

Diese Stelle betrifft die Frage der Beweislast für den Fall der negativen Feststellungsklage so wenig wie die bisher besprochenen. Dagegen bietet sie eine interessante Bestätigung dessen, was oben (S. 14) darüber bemerkt wurde, wie sich die formelle Klägerrolle im Statusprozess der klassischen Zeit immer erst durch die Fassung der formula praeiudicialis seitens des Praetor bestimmte.

Am Schlusse der Stelle wird nämlich bezüglich des in zweifelhaften Fällen der Statusklage selbst vorausgehenden Praeiudicium: an sine dolo in libertate fuerit der Ausspruch erwähnt: Eo tempore quo lis praeparabatur in libertate eum non fuisse aut dolo malo fuisse; demnach galt die Prozedur, durch welche der Praetor angegangen wurde — sei es von der einen, sei es von der anderen Partei — das praeiudicium status zu geben, erst als praeparatio litis, d. i. des Statusprozesses. Jetzt hatte der Praetor erst zu fragen, wen von beiden nach Lage der Sache die Beweislast treffe; diesen konstituierte er alsdann zum Kläger in der formula praeiudicialis.

Die Beweislast desselben konnte sich aber immer nur auf positive Thatsachen erstrecken. Entweder musste der Kläger als vindicans in servitutem Thatsachen beweisen, aus denen sich die Unfreiheit des Beklagten, oder es musste der Kläger, als proclamans in libertatem Thatsachen beweisen, aus denen sich seine Freiheit ergab.

Nichts Gegenteiliges kann aus den von Wendt S. 9 f. weiter alleg. l. 10. 41. pr. D. 40. 12; l. 20. D. 22. 3; l. 7. C. 7. 19.; l. 20. C. 4. 19.; l. 15. eod. l. 5. § 2 u. l. 21. C. 7. 16. abgeleitet werden

Im weiteren Verlaufe seiner Darlegungen zieht Wendt (S. 11 f.) das Quellenmaterial heran, welches wir über die Ingenuitäts- und Libertinitätsprozesse

besitzen. Auch dieses soll die Regel bestätigen, dass „Klagformel und Beweislast zusammenhängen“ und „die possessio status massgebend werde für die Entscheidung, von welcher Seite zur Klage zu schreiten sei.“

Nach dem Bisherigen hängt allerdings Klagformel und Beweislast zusammen, aber in einem der Wendtschen Auffassung ganz entgegengesetzten Sinne, nicht deshalb, weil den Kläger die Beweislast trifft, sondern weil derjenige, den die Beweislast trifft, Kläger werden muss, will er überhaupt zu einer richterlichen Entscheidung gelangen. Diese Verbindung von Klageformel und Beweislast setzt aber eben die Gestalt des klassischen Prozesses voraus, gemäss welcher ein Jurisdiktionsmagistrat es in der Hand hat, zu entscheiden, ob eine Klagformel zu erteilen sei und welche. Bei einer solchen Gestalt des Verfahrens konnte freilich das angriffsweise Vorgehen desjenigen, der Entscheidung in praeiudicio betreiben wollte, zur Bedeutung einer blossen praeparatio litis herabgedrückt werden. Die veränderte Gestalt des heutigen Civilprozesses verbietet es aber von selbst, von einer amtlichen „Entscheidung, von welcher Seite zur Klage zu schreiten sei“, noch immer zu sprechen. Darüber entscheidet nach heutigem Prozessrecht ganz allein derjenige, der sich des prozessualen Mittels der Klageerhebung bedient. Thut das diejenige Partei im Präjudizialprozess, welche der römische Praetor, nach dem was wir wissen, zum Beklagten in der formula gestempelt hätte, so trifft für sie der Satz actoris partes sustinet trotz ihrer Klägerrolle nicht zu, vielmehr müsste in solchem Falle von dem Beklagten, der in der römischen formula Kläger hätte sein müssen, gesagt werden: actoris partes sustinet.

Dies vorausgeschickt, können wir uns zur Prüfung des einschlägigen Quellenmaterials selbst wenden:

6.) l. 14. D. de prob. et praes. 22. 3. Ulp. libr. II de off. cons. Circa eum, qui se ex libertinitate ingenuum

dicat, referendum est, quis actoris partibus fungatur. et si quidem in possessione libertinitatis fuit, sine dubio ipsum oportebit ingenuitatis causam agere docereque se ingenuum esse: sin vero in possessione ingenuitatis sit et libertinus esse dicatur, scilicet eius, qui ei controversiam movet, hoc probare debet qui eum dicit libertum suum: quid enim interest, servum suum quis an libertum contendat? si quis autem fiducia ingenuitatis suae ultro in se suscipiat probationes ad hoc, ut sententiam ferat pro ingenuitate facientem, hoc est, ingenuum se esse ut pronuntietur, an obtemperare ei debeat, tractari potest. et non ab re esse opinor morem ei geri probandi se ingenuum et sententiam secundum se dandam, cum nulla captio intercedat iuris.

Es könnte nicht klarer als in dieser Stelle zum Ausdruck gebracht werden, dass der Streit um Ingenuität oder Libertät sich nur in dem Rahmen der positiven Feststellungsklage bewegen konnte. Befindet sich die eine Partei in possessione libertinitatis, so wird vorausgesetzt ein dicere se ingenuum esse und diesem dicere entspricht ein docere se ingenuum esse, befindet sie sich in possessione ingenuitatis, so muss ihr Gegner dicere libertinum suum esse, will endlich der angebliche libertus, der sich in possessione ingenuitatis befindet, in diesem Falle die positive Feststellung, dass er ingenuus sei, so kann er dies durch Widerklage beantragen, muss aber dann probare se ingenuum esse, weil er in diesem Fall sich nicht auf Negation beschränkt.

So bildet die Stelle zugleich einen neuen Beleg dafür, dass nicht sowohl die Parteirolle als vielmehr die Rolle des positiv Behauptenden die Beweislast bestimmt.

7.) l. 1. D. de prob. et praes. 22. 3. Papinian. libr. III. quaest. Quotiens quaereretur, genus vel gentem quis haberet nec ne, eum probare oportet.

Wendt unterstellt (S. 13) hier die Möglichkeit, dass derjenige, dessen behauptete Angehörigkeit zu einer gens von einem andern bestritten wird, die Beklagtenrolle zu übernehmen, mithin sein Gegner secundum suam intentionem (scil. negationem) die Beweislast zu tragen habe. Allein das widerspricht nicht bloss dem bisher für die Präjudizialklagen des klassischen Rechts gewonnenen Ergebnis, wonach die intentio der Statusklage stets in positiver Form erscheint, sondern geradezu den Worten der l. 1. cit., nach welchem eum sich in beiden Fällen, d. h. sowohl für die quaestio, an gentem haberet, als auch für die quaestio, an gentem non haberet auf quis bezieht.

Demnach muss angenommen werden, dass es sich um die Beweislast secundum intentionem dieses Einen handelt; dessen intentio würde gelautet haben: An gentem Juliam habeat, und es ist zuzugeben, dass damit die quaestio an haberet nec ne aufgeworfen war. Was aus dieser Stelle gefolgert werden könnte, bestände allein darin, dass derjenige, der die Angehörigkeit zu einer bestimmten gens behauptet, die Thatsachen beweisen muss, aus welchen sich seine Angehörigkeit ergiebt, ohne Rücksicht auf den Besitzstand.

Zur weiteren Ergänzung und Unterstützung der Beweise für seine Theorie nimmt Wendt (S. 15) die Nachrichten über die Beweislast bei der querela inofficiosi testamenti in Anspruch.

Er geht dabei von der Voraussetzung aus, dass die Querel eine negative Präjudizialklage sei und glaubt aus dem Quellenmaterial schliessen zu können, dass hierbei den Kläger die Beweislast getroffen hätte für seine negative Behauptung. Für die präjudiziale Natur der Querel beruft er sich hauptsächlich auf Bekker, Aktionen S. 272—283. Bekker spricht jedoch von einer präjudizialen Natur der Querel nur in dem Sinne, dass über die Querel entschieden sein musste, bevor ein Urteil

über die hereditatis petitio ergehen konnte. Dass ferner durch die Querel die Nichtexistenz eines Rechtsverhältnisses festgestellt werden sollte, ist dort durchaus nicht ausgesprochen.

Im Gegenteil unterscheidet Bekker die querela inofficiosi testamenti sehr wohl von der Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses in unserem heutigen Sinn, denn er bemerkt*) „das Erkenntnis auf den Inoffiziositätsstreit befindet nicht bloss, was ist, sondern auch was sein soll, es schafft Recht „ius facit". Ferner „das Recht machen" besteht bei der Querel im Zerstören („rescindere") des als inoffiziös (nicht als nichtig) erkannten Testaments."

Im folgenden fährt zwar Bekker fort: „es unterscheidet sich also schon dem Inhalte nach von dem kondemnatorischen „Rechtmachen" noch mehr dadurch, dass es ohne besondere Anweisung und ohne besonderen Ausspruch des Judex mit dem Erkenntnis über das, was ist („inofficiosum esse") von selber (richtiger: nach dem Willen des objektiven Rechts = ipso iure) eintritt."

Allein damit giebt er keineswegs zu, dass die Querel die negative Feststellung eines Rechtsverhältnisses bezwecke, sondern er lässt deutlich durchblicken, dass es sich um die Feststellung einer Thatsache handelt. Welches Rechtsverhältnis hätte denn auch festgestellt werden sollen? Das einzig denkbare wäre die Feststellung, der im Testament Eingesetzte sei nicht Erbe. Gerade das wurde aber nicht festgestellt, sondern dies war erst eine Wirkung, die sich an den Ausspruch des Gerichtes knüpfte, wie auch aus den Ausführungen Bekkers hervorgeht. Festgestellt wird vielmehr die Thatsache, dass der Querelberechtigte lieblos behandelt worden sei. Die Feststellung dieser Thatsache beraubt das Testament nachträglich seiner Kraft.

*) S. 276. a. a. O.

So findet sich denn auch bei Unzner*) mit Recht hervorgehoben, dass die Querel begründet wird:

„a. Durch die dem Noterben widerfahrene Kränkung, sowie dadurch,

b. dass der Erblasser, wäre er bei Abfassung seines Testaments nicht leidenschaftlich und verblendet gewesen, die Kränkung nicht gewollt hätte.“ Ferner S. 19. a. a. O.

„3. Da die Querel auf die im Ausschluss vom Nachlass liegende Kränkung begründet ist, so ist das Perfektwerden einer, bezw. der Kränkung, Voraussetzung der Querel. Auf Seite des Noterben gehört dazu . . . ., dass er sie fühlen, d. h. dass nicht der Erblasser mit seinem Urteil, welches er durch Übergehung oder Enterbung über den Noterben aussprach, Recht hatte.“

Schon deshalb also, weil die Inoffiziositätsquerel nicht auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses gerichtet ist, kann sie nicht zur Beweisführung im Sinne Wendts verwandt werden.

Aber selbst angenommen, dass die Inoffiziositätsquerel in ihrem Wesen der negativen Feststellungsklage gleichkommt, so ist durch Wendts Ausführungen noch nicht dargethan, dass den Kläger die Beweislast für sein Wohlverhalten traf.

Allerdings entspricht es der herrschenden Meinung aus den beiden hier in Betracht kommenden Stellen

l. 3. D. de inoff. test. 5. 2. Inofficiosum testamentum dicere hoc est allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit: quod plerumque accidit, quum falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant vel praetereunt.

u. l. 5. D. eodem. Huius autem verbi, de inofficioso

---

*) Unzner: Die querela inoff. testam. nach dem Recht vor der Novelle 115. München 1891. S. 17 f.

vis illa ut dixi est docere immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum.

den Schluss zu ziehen, dass der Querelberechtigte sein Wohlverhalten gegenüber dem Erblasser beweisen müsste. Die entgegenstehende Meinung wird aber nicht blos von Franke, sondern insbesondere von Schröder,*) den Wendt unerwähnt lässt, unseres Erachtens sehr wohl begründet. Letzterer weist aus den Quellen (a. a. O. S. 353, Note 16) nach, dass die Beweislast nicht, wie Wendt meint, erst durch Justinian umgestellt worden ist, sondern dass schon vorjustinianische Kaiserkonstitutionen die Beweislast dem Beklagten aufgebürdet haben.

Unzner nimmt zwar (S. 65 ff. a. a. O.) an, dass ursprünglich die Beweislast den Kläger getroffen habe, dass man aber für die ältere Zeit von einer eigentlichen Beweislast nicht reden könne, und dass die geschichtliche Entwickelung dahin ging, den Beklagten faktisch mit dem Beweise zu belasten, wenn auch an dem Prinzip der klägerischen Beweislast bis zur Novelle 115 festgehalten worden sei.

Unseres Ermessens kann eine unbefangene Interpretation der l. 22. C. de inoff. test. 3. 28 nicht darüber hinauskommen, dass dieselbe den Beklagten mit dem Beweise belastet.

8.) l. 22. C. de inoff. test. 3. 28. Si maritus tuus facto testamento te quidem ex asse scripsit heredem, filia autem quam habuit in potestate exheredata facta minime probetur nihilque ei relictum est neque iustas causas offensae praestitisse convincatur, eam de inofficioso testamento patris querentem totam hereditatem obtinere posse non ambigitur.

Dass hier thatsächlich der Beklagte den Beweis zu liefern sich bemüht habe, kann auch Wendt nicht

*) Schröder. Das Noterbenrecht. Heidelberg 1877. S. 350 ff.

umhin, aus der Stelle herauszulesen, was er aber gegen die rechtliche Bedeutung der Worte causas praestitisse convinci einwendet, stimmt nicht überein mit dem, was er (am a. O. S. 8) zu l. 7. D. 25. 3. bezw. zu den darin enthaltenen Worten ancillam esse probare paratus sit bemerkt hat.

Würde man aber selbst zugeben müssen, dass die Beweislast im vorjustinianischen Rechte den Kläger getroffen habe, dann fragt sich erst noch, ob dies ein Beweis für Wendts Meinung ist, denn dann könnte man noch immer sagen: Die Grundlage für die querela inofficiosi testamenti war die Annahme, dass der Erblasser nicht sanae mentis gewesen sei. Wenn also Jemand die Querel anstellte, so musste er Thatsachen behaupten, aus welchen das Gericht schliessen konnte, dass der Erblasser nicht sanae mentis gewesen sei. Solche Thatsachen konnten dann aber nur, wenn nicht die wirkliche Geisteskrankheit des Testators feststand, darin bestehen, dass er den Querelberechtigten trotz Wohlverhalten desselben ausgeschlossen oder präteriert habe.

Von diesem Gesichtspunkte aus stellt sich die Querel höchstens als eine solche negative Feststellungsklage dar, welche das Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses darauf stützt, dass entstehungshindernde Thatsachen vorliegen, nämlich solche, welche ausnahmsweise die Wirkung des formell giltigen Testaments verhinderten. In welch letzterem Falle ja auch nach der allgemeinen Ansicht die Beweislast für diese Thatsachen den Kläger trifft.

In den Erörterungen der Beweislast aus den Quellen des römischen Rechts kommt Wendt endlich auf die accusatio falsi. Er sieht darin eine Feststellungsklage gerichtet darauf, die Unechtheit einer Urkunde festzustellen.

Es soll nun gar nicht bestritten werden, dass seine Ausführungen zu dem Schlusse führen, dass derjenige,

welcher die Verfälschung einer Urkunde behauptet, auch die Thatsache der Fälschung beweisen muss; aber darin liegt doch nichts anderes als die Behauptung und Feststellung einer positiven Thatsache. Es folgt aber noch nicht daraus, dass derjenige, welcher leugnet, dass eine Urkunde echt sei, d. h. nicht von dem angeblichen Aussteller herrühre, ohne zu behaupten, dass sie verfälscht sei, auch die Beweislast in dieser Richtung tragen muss.

Am Schluss seiner Ausführungen über das römische Recht kommt Wendt wieder auf den im Anfang der Erörterung besprochenen Satz: ei incumbit probatio qui dicit non qui negat zurück und meint, dass der Satz nur richtig verstanden zu werden braucht, um auch für ihn als wahr zu erscheinen. Er will nämlich aus dem Sprachgebrauch der Quellen über die accusatio falsi, wonach ständig wiederkehrt: testamentum falsum dicere, einen allgemeinen Sprachgebrauch dafür ableiten, dass dicere „als Kläger auftreten“ bedeutet. Es käme darnach nicht auf den Inhalt des dicere an, sondern darauf, dass es Klagsbehauptung sei, gleichviel ob diese positiv oder negativ lautet.

Nach dem, was oben über die accusatio falsi bemerkt wurde, beweist gerade sie, dass hier unter dicere die Aufstellung einer positiven Behauptung verstanden wird, nämlich die der Urkundenfälschung.

Im übrigen ist ja die herrschende Meinung weit entfernt davon, anzunehmen, dass denjenigen, der eine negative Behauptung aufstellt, die Beweislast niemals treffe, nur unterscheidet sie sehr wohl und sehr richtig zwischen der Behauptung einer negativen Thatsache, welche zum Entstehungsthatbestand für ein behauptetes Recht gehört, und zwischen dem Leugnen einer vom Gegner, sei es im Prozess, sei es ausserhalb desselben aufgestellten Behauptung.

Demnach kommt es ja der herrschenden Meinung auch nicht auf den Inhalt des dicere an, auch sie kennt

ein negatives dicere, und der dicens trägt in jedem Falle die Beweislast; aber sie bleibt im Einklang mit den Quellen, wenn sie daran festhält, dass niemals dicit qui negat.

Es dürfte durch das Bisherige der Nachweis erbracht sein, dass aus dem vorhandenen Quellenmaterial eine Beweislast des negativen Feststellungsklägers für die Nichtexistenz des vom Beklagten behaupteten Rechts sich nicht ableiten lässt. Einmal weil sich überhaupt nicht darthun lässt, dass dem römischen Recht eine negative Feststellungsklage, geschweige denn eine auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses gerichtete, bekannt war, sodann weil die Unrichtigkeit der Ansicht sich ergeben hat, dass für die Frage, ob eine Partei die Beweislast treffe, lediglich die Parteirolle entscheidend sei.

Daraus würde zu folgern sein, dass die Beweislastfrage auch für die Feststellungsklage des § 231 der C. P. O. nach der allgemeinen civilrechtlichen Regel: ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat zu behandeln sei, selbst wenn die aus dem römischen Rechte nachweisbaren Präjudizialklagen sich in nichts ihrem Wesen nach von der modernen Feststellungsklage unterschieden; dies letztere ist allerdings die Meinung von Wendt, aber diese Ansicht trifft für die negative Feststellungsklage schon aus dem oben angeführten Grunde nicht zu.

Ob sich in Bezug auf die positiven Feststellungsklagen diese Ansicht rechtfertigen lässt, ist ohne Belang, denn auch dann wird die Entscheidung der Beweislastfrage nicht alteriert.

Insofern Wendt die Feststellungsklage als eine selbständige actio betrachtet, im Gegensatz zu Weismann*) und dessen Ausführung über die Entwickelung der

*) Weismann, Die Feststellungskl. Bonn 1879. S. 153 ff.

modernen Feststellungsklage aus den Provokationen bekämpft, kann man mit ihm übereinstimmen.

Allein Wendt hat aus jener Auffassung nicht die erforderlichen Schlüsse gezogen.

Denn wenn er einerseits zugiebt, dass das Wesen der Feststellungsklage auf Prozessantizipation hinauslaufe, und andererseits der Feststellungsklage den Charakter einer selbständigen actio vindiziert, so war es geboten, die Grenzgebiete der Auffassungen, die sich hier berühren, mit Schärfe zu scheiden.

Es musste gezeigt werden, wie weit die Selbständigkeit der actio reiche, und wo die Antizipation des Prozesses beginne und mussten die Konsequenzen hieraus gezogen werden.

Es möge uns gestattet sein, den Versuch der Grenzscheidung zu unternehmen.

Ist die Feststellungsklage eine selbständige actio, dann muss sie einen selbständigen Klagegrund und ein selbständiges petitum enthalten, d. h. einen Klagegrund, der keinen anderen, ein Klage-petitum, das kein anderes zur Voraussetzung hat. Das ist bei der Feststellungsklage in der That der Fall.

Der Klagegrund besteht, wie oben*) gezeigt, in der Gefährdung der Rechtssphäre des Klägers durch eine Bedrohung seitens des Beklagten, ist folglich unabhängig von der Behauptung der gegenwärtigen Existenz eines Anspruchs auf Leistung. Das petitum geht auf Feststellung und ist daher völlig unabhängig von dem petitum auf Verurteilung.

Insoweit muss daher auch die Entscheidung über die Beweislast ihre eigenen, mit denen des antizipierten Prozesses nicht identischen Wege gehen, d. h. es muss gefragt werden, was verlangt der, die selbständige actio verleihende § 231 C. P. O. zur Begründung dieser selb-

*) S. 8. 9.

ständigen Klage? Vergl. oben S. 9. Sofern die Feststellungsklage mit ihren Behauptungen über die Bedrohung der Rechtssicherheit des Klägers hinaus- und zur Behauptung oder Leugnung eines Rechtsverhältnisses übergeht, insoweit antizipiert sie einen künftigen Prozess.

Das aber hat die Bedeutung, dass die Parteien insoweit auch sich in derselben rechtlichen Lage befinden, in der sie sich befinden würden, wenn die Zeit für den künftigen Prozess schon gekommen wäre, d. h. der Kläger der positiven Feststellungsklage behauptet Entstehungsthatsachen für den im künftigen Prozess geltend zu machenden Anspruch und muss diese beweisen, der Kläger der negativen Feststellungsklage behauptet entweder rechtshindernde oder rechtsaufhebende Thatsachen gegenüber dem künftigen Anspruch und muss diese ebenfalls beweisen, oder er leugnet die Entstehungsthatsachen des vom Beklagten in Aussicht gestellten künftigen Anspruchs und muss infolge dessen nicht beweisen, sondern kann den Beweis von Seiten des Gegners erwarten.

Druckerei von August Osterrieth in Frankfurt a M.